

А.А. Иванов

*Председатель Высшего
Арбитражного Суда
Российской Федерации,
к.ю.н., ординарный
профессор, научный
руководитель факультета
права Государственного
университета — Высшей
школы экономики*

Речь о прецеденте¹

Ключевые слова: судебный прецедент; судебная практика; судебная система; правовые позиции; Конституционный Суд; Высший Арбитражный Суд; преюдициальный запрос; постановления пленумов; прецедентное право

Как ни странно, но к теме прецедента имеет самое непосредственное отношение бывшее здание Правительствующего Сената Российской империи, специально построенное для размещения высшей судебной инстанции России. Сейчас здесь работает Конституционный Суд Российской Федерации. В конце XIX — начале XX в. Гражданский кассационный департамент Правительствующего Сената пришел к практике формулирования прецедентов, причем по тем же самым вопросам, о которых и сейчас спорят цивилисты — о виндикационном и негаторном исках, приобретательной давности, ответственности без вины. Эта в высшей степени ценная практика была опубликована, и любой желающий может с ней ознакомиться. Жаль, что на этой практике суды не могут основывать свои решения: все суды Российской империи после Октябрьского переворота 1917 г. были упразднены, а их практика — аннулирована... Но нам надо жить не прошлым, а настоящим!

Условность термина «прецедент»

Последнее время много говорится о том, что решения наших судов начинают приобретать прецедентный характер, что мы создаем прецеденты, которые регулируют широкую сферу социальных отношений. Это понятие приобретает значение некоего ярлыка, который одни наклеивают для того, чтобы осудить то или иное явление, а другие для того, чтобы его полностью оправдать. Все зависит от отправной точки, начиная с которой исследователи определяют роль судебных актов во влиянии их на общественные отношения. Само слово «прецедент» или «непрецедент» не имеет принципиального значения.

¹ Доклад в рамках Третьих Сенатских чтений, посвященных конституционно-правовым вопросам реализации принципов правового государства в современной России. Чтения состоялись 19 марта 2010 г. в Сенатском зале Конституционного Суда Российской Федерации (Санкт-Петербург).

Два способа влияния судебных актов на правоотношения

Необходимо различать два основных способа влияния судебных актов на те социальные отношения, которые существуют в нашем обществе. Первый состоит в том, что судебные решения влияют только на то правоотношение, по поводу которого они состоялись. Судебные акты в таком узком понимании — это индивидуально-правовые (ненормативные) акты. Данной доктрине в значительной мере соответствует континентально-правовой подход. Хотя сразу же следует оговориться, что высшие суды многих стран континентальной правовой семьи весьма близки к созданию прецедентов. Особенно это касается специализированных судов — конституционных, административных, налоговых. Есть и межстрановые различия. Сравним, например, суды Австрии и Финляндии — Верховный Суд Австрии решает дела, а Верховный Суд Финляндии сосредоточился на формировании прецедентов.

Второй способ влияния судебных актов на социальные отношения предполагает более широкое и многообразное воздействие, чем просто решение конкретного дела. Это влияние касается и таких общественных отношений, которые не были предметом судебного разбирательства, а возможно, никогда и не будут предметом такого разбирательства. Данный подход более соответствует англосаксонской системе права, но не только ей, поскольку прецедентная система распространяется гораздо шире, затрагивая и многие страны континентального права.

Прецедент и норма права

В прецедентной системе судебные акты «перерастают» уровень конкретного правоотношения, начинают применяться многократно, а иногда и вовсе приобретают качество нормативности. Однако тезис о том, что судебный прецедент — такая же норма права, как и та, что закреплена в законе, вряд ли может считаться верным. Начнем с того, что суд обязан применять нормы закона, и если он сознательно этого не делает, то принимает заведомо незаконный судебный акт. Задача суда — применить норму закона к конкретной ситуации, которая не всегда вписывается в «прокрустово ложе» нормы. И тогда суд распространяет действия нормы на похожую ситуацию.

Иначе обстоит дело с применением прецедентов, т.е. решений высших судов по рассматриваемым ими делам. Эти решения принимаются в отношении конкретной ситуации, и если ситуация, с которой имеет дело нижестоящий суд, отличается от той, на которую был рассчитан прецедент, то последний не подлежит расширительному толкованию. Расширять сферу действия прецедентов вправе лишь тот суд, который наделен полномочиями их формировать. Впрочем, когда речь идет об абстрактных правовых позициях судов, то отличия их от норм закона довольно эфемерны.

Место российской судебной системы

Если с точки зрения дихотомии «прецедент — непрецедент» мы посмотрим на нашу судебную систему, то окажется, что она находится где-то посередине, причем

довольно давно. С того момента, как наши высшие суды получили право принимать постановления пленумов о толковании законов, они перешли от классического континентального подхода (согласно которому судебный акт влияет только на то правоотношение, которое подвергалось анализу суда) к более широкому влиянию на социальные отношения.

Естественно, это решение было нетипичным для континентальной правовой системы. Наши коллеги в Западной Европе всегда с удивлением узнают, что в России пленумы могут принимать обязательные постановления по толкованию законов. Для многих это означает, что мы косвенно признаем англосаксонский подход к формулированию правовых позиций. Более того, нормативность постановлений пленумов высших судов даже более высока, чем прецедентов, поскольку прецеденты работают только в судах, а постановления пленумов — далеко за их пределами.

Еще дальше в сторону прецедента российская судебная система пошла с созданием Конституционного Суда РФ, предоставив ему право давать общеобязательное толкование Конституции РФ и признавать неконституционными нормы законов.

Национальный судебный фильтр

Конституционный Суд РФ — единственный в своем роде, и дела, которые в нем рассматриваются, — это «штучные» дела. Что же касается остальных судов, то они образуют две системы, через которые движется огромное количество дел. Конфликтность в нашем обществе весьма высока (РФ занимает одно из первых мест в мире: на 141 млн населения — около 20 млн дел в год, т.е. по одному делу на семь человек), рутина захватывает все большее и большее пространство. Где уж тут до создания прецедентов! Между тем, в англосаксонской правовой системе нагрузка судей невысока, что позволяет сочинять им огромные по объему судебные акты, в которых и оттачиваются правовые позиции.

Однако после того как признана нормативность постановлений пленумов высших судов, остается один шаг до перехода к системе прецедентного права. Этот шаг совершается тогда, когда мы приходим к идее отбора судебных актов, которые будут пересматриваться высшими судами. Вот здесь наступает коренной перелом, при котором можно сказать, что наша система трансформировалась в систему прецедентного права.

В чем смысл отбора дел и национальных фильтров, которые устанавливаются для того, чтобы высшие суды могли решать только наиболее значимые дела? Конечно, первоначально, как и всегда в судебной системе, установление фильтров играло роль просто средства облегчения работы судов. Высший суд перегружен, туда поступает много мелких дел, и он решает, что надо отбирать наиболее значимые дела.

Но затем это решение повлекло за собой довольно серьезные правовые и организационные последствия. Какой смысл в том, что отбирать дела? Они отбираются для того, чтобы в наиболее важных для общества случаях сформулировать правовые позиции, рассчитанные не только на эти, но и на другие аналогичные им дела. Иначе нарушается принцип правовой определенности, и возникают серьезные проблемы с правом на судебную защиту. Почему одно решение, если оно малозначительно и неинтересно, не пересмотрено высшим судом, а другое решение пересмотрено?

Влияние национального фильтра на авторитетность правовых позиций судов

Иными словами, цель фильтра состоит в формировании правовых позиций, которые будут влиять на все остальные правоотношения. Прежде всего, конечно, на те, которые попадут в орбиту судебного разбирательства. В перспективе — и на те, которые, возможно, никогда не попадут, особенно в сфере частного права, поскольку частное право более пластично. Стороны просто не будут заключать такой контракт или вступать в такое гражданское правоотношение, в отношении которого определена невыгодная для них правовая позиция. В публичном праве вступление в те или иные правоотношения часто жестко предопределено, и люди будут продолжать все равно вступать в эти отношения, потому что у них нет выбора.

Как только устанавливается национальный, на уровне высшего суда, фильтр отбора для судебных решений, вне зависимости от того, какими целями он обусловлен, сразу же авторитетность правовых позиций суда возрастает. Они начинают влиять на будущие судебные решения, а дальше — и на те отношения, которые, возможно, никогда не будут пересмотрены в суде. Чем выше авторитет правовых позиций суда, тем сильнее его влияние на социальные отношения. Не следует забывать и о нацеленности высшего суда и его судей на создание прецедентов, поскольку одних организационных мероприятий недостаточно.

Национальный фильтр и единство судебной практики

Существование национального фильтра для отбора судебных решений требует определенной организационной настройки деятельности высшего суда. Вся его деятельность должна быть нацелена на формирование единых и непротиворечивых правовых позиций или, как сказано в АПК РФ, на поддержание единства судебной практики. Это не просто лозунг, а жизненная необходимость. Если по одинаковым делам высказываются разные правовые позиции, то это роняет авторитет высшего суда, снижает значимость его актов, нарушает принцип правовой определенности.

Если в высшем суде отсутствует единый орган, который вырабатывает правовые позиции, разноречивость в судебной практике неизбежна. Судьи тоже люди, им свойственно ошибаться, а статус независимости судьи только повышает этот риск, позволяя не оглядываться на мнение коллег. В организационном плане высший суд, применяющий национальный фильтр, должен обеспечивать независимый отбор дел, с одной стороны, и разрешение уже отобранных дел в рамках единого органа, состоящего из судей — сената, президиума, палаты, — с другой.

В связи с этим хотелось бы обратить внимание на существование в рамках Конституционного Суда двух органов, вырабатывающих правовые позиции (палат), что, правда, отчасти компенсируется возможностью слушания дел всем составом суда (пленумом).

Различие моделей внутри российской судебной системы

Если мы посмотрим на нашу судебную систему с точки зрения фильтра и его роли в формировании прецедентов, то обнаружим, что у нас только Верховный Суд фактически работает по прежней континентальной модели, с добавлением поста-

новлений Пленумов, которые сами по себе являются отступлением от континентальной модели. Суд соединяет все инстанции — первую, кассационную и надзорную, причем надзор носит многоступенчатый характер. Но главное в том, что этот суд не преследует цель создания прецедентов, хотя его организационная структура позволяет их формировать.

Два других высших суда — Конституционный Суд и Высший Арбитражный Суд — установили фильтры и выбирают наиболее значимые дела. Это волеизъявлением толкает их к тому, чтобы формировать прецеденты. Данный процесс происходит сам собой, независимо от их желания. Тут нельзя кого-то упрекнуть, что он хочет сделать прецедент источником права. Просто суды выбрали определенную модель работы, и такая модель с неизбежностью влечет за собой прецедентность их правовых позиций.

Достоинства прецедентной системы

Окончательный переход к прецедентной системе — это правильное направление движения, потому что в такой системе много серьезных достоинств. Во-первых, это стабильность правовых позиций при их постепенном эволюционировании, отсутствие резких революционных изменений (что особенно важно для частноправовых отношений — идея «прочности гражданского оборота»), последовательность развития права, соблюдение внутренней логики такого развития, четкое, почти фотографическое отображение проблем практики, адекватная реакция на те проблемы, которые возникли в сфере правоприменения.

Во-вторых, прецедентный подход позволяет судебной власти занять достойное место в системе разделения властей, существующей в демократическом обществе. Особенно в условиях, когда у нас существует определенный крен в сторону исполнительной власти. Прецедентная система в условиях обеспечения реальной несменяемости судей и стабильности судов укрепляет позиции судебной власти.

Наконец, в-третьих, прецедентная система позволяет существенно снизить влияние на судей различных внешних факторов — административного давления, коррупции и т.п. Россия — огромная страна и порой очень трудно оценить, принято ли то или иное решение по внутреннему убеждению судьи или под влиянием упоминаемых внешних факторов. Но всегда можно определить, соответствует ли оцениваемое решение уже сформированной прецедентной позиции.

Что же касается формирования прецедентов высшими судами, то влияние на них пресловутых внешних факторов минимально. К тому же можно предпринять дополнительные меры, полностью исключающие сомнения общественности в отсутствии подобного влияния. Применительно к судам на местах сделать то же самое гораздо сложнее.

Именно поэтому есть все основания укреплять тот подход, который развивался в нашей системе последние 20 лет с точки зрения придания судебным актам силы прецедентов.

Недостатки прецедентной системы

Причины, по которым отрицают прецеденты, обычно делятся на две категории. Прежде всего это субъективные причины. Те, кто обращает на них внимание,

обычно говорят: «И кому вы доверили формирование правовых позиций, ну что это за судьи?!» Иными словами, профессиональные качества судейского корпуса не позволяют доверить ему такую важную функцию, как формирование правовых позиций. Однако качество судебного корпуса, во-первых, вещь изменчивая, а во-вторых, это часто «вкусовая» оценка. Обычно такие высказывания можно услышать от людей, которые периодически проигрывают дела в судах.

Но нельзя отрицать существование и объективных причин, которые влекут негативное отношение к прецедентам. Таких причин несколько.

Во-первых, это некоторая «келейность» в создании прецедентов. Законы принимаются парламентом, который избран волеизъявлением народа, а судьи назначены, как правило, президентом (исполнительной властью) или парламентом (законодательной властью), т.е. опосредованно по отношению к воле народа. Жизнь переменчива, политические тенденции меняются, воля народа становится принципиально иной, а судьи постоянно находятся на своих должностях, вырабатывая прецеденты. Такой объективный недостаток прецедентной системы выявляют многие.

Здесь есть определенные основания для того, чтобы критиковать прецедентную систему. Но эту критику можно парировать не менее серьезными возражениями. Современное законодательство вышло на очень высокий абстрактный уровень. Как бы ни было это обидно, но российский депутатский корпус с трудом формулирует абстрактные правовые позиции. На какие-то простые решения он способен, быстро может их принять, но когда речь идет о толковании фундаментальных норм, о создании принципиально новых правовых позиций, основанных на толковании предыдущих правовых позиций или принципов, то здесь прецедент намного более удобен и полезен, нежели принятие законов парламентом.

Российский депутатский корпус подвержен сиюминутным порывам и часто хочет решить довольно простые правовые проблемы, игнорируя серьезные и фундаментальные правовые принципы. К тому же в больших государствах, таких как Россия, непосредственное волеизъявление народа при избрании парламента часто подвержено различным сторонним влияниям (через партийные механизмы, воздействие СМИ и пиар-акций), и в этом смысле депутаты парламента не менее далеки от народа, чем судьи.

Во-вторых, некоторые представители либеральных течений утверждают, что прецедентная система ограничивает независимость каждого конкретного судьи при разрешении дел. Действительно, прецеденты, созданные высшим судом, связывают нижестоящие суды. Но эти прецеденты выработаны на основе анализа множества однотипных дел, судебной практики в масштабах всей страны. Отбор судей для высшего суда, особые гарантии их независимости, организационный механизм деятельности высшего суда (в частности, формирование прецедентов органом, состоящим из значительного числа судей), единообразие его практики — все это позволяет прийти к выводу, что связанность прецедентом — не такой уж большой грех. Принцип правовой определенности — более высокая ценность, чем независимость судьи. Иначе можно дойти до абсурдного вывода, что судья не должен соблюдать закон, если это противоречит его внутреннему убеждению. К тому же судья нижестоящего суда всегда может решить, что рассматриваемое им дело не подпадает под прецедент, сформированный высшим судом...

Отмеченные недостатки прецедентной системы в условиях любой страны, в том числе и России, можно компенсировать. Во всяком случае, нет серьезных теоретических возражений против реализации системы прецедентного права в России, поскольку достоинства прецедентов значительно превышают их недостатки.

Основные направления развития прецедентного права

В заключение хотелось бы коротко остановиться на основных направлениях развития прецедентного права в России.

Во-первых, это публикация судебных актов в сети Интернет, что является одной из важных мер по повышению открытости судебной системы. Эта практика имеет место более двух лет подряд, причем в Сети сейчас находятся 12 млн документов более чем по 2 млн 700 тыс. дел (1 млн окончательных судебных актов). Анализ этих дел может производить любой желающий, хотя в основном в нем заинтересованы лица, чьи дела еще не рассмотрены судом. Сейчас мы видим резкий рост обращений со ссылками на опубликованные в Интернете судебные акты, подтверждающие ту или иную позицию.

Но для прецедентного права важен не сам факт публикации, а тщательный анализ судебных актов на предмет того, какие правовые позиции в них заложены. Поэтому необходима более глубокая обработка имеющегося массива актов с тем, чтобы среди них можно было легко найти похожие. Судебная система также должна разработать и внедрить организационные механизмы, которые позволяют изучать опубликованную судебную практику и оперативно реагировать на те или иные отклонения, имеющиеся в ней.

Во-вторых, это мотивирование высшим судом отказов в пересмотре дел. При наличии национального фильтра, с помощью которого отбираются судебные решения для пересмотра, надо объяснять, почему то или иное решение избрано для пересмотра, почему какое-то решение осталось вне сферы влияния высшего суда (мотивированные отказные определения). Первыми их начал мотивировать Конституционный Суд РФ.

Мы не затрагиваем вопрос о том, могут ли в отказных определениях существовать правовые позиции, которые рассчитаны на многократное применение. Сам факт публикации отказных определений и мотивирование их, конечно, усиливает влияние высших судов на формирование судебной практики, потому что формируется самостоятельная ветвь такой практики. Наряду с судебными актами высших судов, которыми пересмотрены акты нижестоящих судов, появляются еще и отказные определения, содержащие мотивы, по которым эти решения не пересматриваются. Если эти отказные определения публикуются, то они начинают влиять на правоприменение.

В-третьих, это расширение процессуальных возможностей применять выработанные правовые позиции при пересмотре других дел. Имеется в виду пересмотр дел в связи с появлением новых обстоятельств. Именно новых, а не вновь открывшихся, поскольку такой термин содержится в законопроекте о внесении изменений в АПК, который инициирован на основании широко известного Постановления Конституционного Суда РФ от 21 января 2010 г. № 1-П. Это Постановление широко обсуждалось в СМИ и в научной среде.

Постановление касалось пересмотра дел, которые еще не рассмотрены, но подлежат рассмотрению Высшим Арбитражным Судом (находятся в нем), и в этот момент им сформирована новая правовая позиция. Если же правовая позиция Высшего Арбитражного Суда уже существовала на момент принятия обжалуемого судебного акта по делу, то исходя из Постановления Пленума ВАС № 14 о пересмотре дел по вновь открывшимся обстоятельствам, содержащийся в нем механизм применяться не может. Однако Конституционный Суд в своем постановлении пошел дальше и сформировал единый подход к пересмотру дел, независимо от того, были ли они приняты Высшим Арбитражным Судом к своему производству или нет. Нам предстоит решить, можно ли направить на пересмотр по новым (вновь открывшимся) обстоятельствам судебный акт, в момент принятия которого правовая позиция Высшего Арбитражного Суда уже была выработана.

В-четвертых, это введение так называемого преюдициального запроса. Подготовлен законопроект, который позволяет нижестоящим судам, когда возникла проблема, требующая толкования высшего суда, приостановить производство по делу. Такая возможность существует в рамках конституционного судопроизводства. В этом смысле мы не пионеры, но предлагаем применить данную модель уже в рамках одной судебной системы.

Введение преюдициального запроса обусловлено чисто практическими соображениями. Уже отмечалось, что у нас налоговое законодательство меняется слишком часто и не слишком квалифицированно, поэтому каждое его изменение влечет тысячи дел, в которых возникает спор по поводу туманных формулировок Налогового кодекса. Что делать? Ждать, пока эти тысячи решенных по-разному дел пройдут все инстанции и дойдут до Высшего Арбитражного Суда? Представьте, каким массовым в итоге окажется нарушение прав лиц, участвующих в деле, если будет принята одна из возможных правовых позиций. Было бы разумным остановить этот поток на ранней стадии. Во имя этой идеи и создается модель преюдициального запроса.

Когда судья видит, что возникла проблема массового характера, требующая единого толкования в масштабах всей страны, он может обратиться в высший суд, чтобы тот рассмотрел вопрос о толковании и сформулировал правовую позицию. Целесообразность предлагаемого решения хорошо видна по налоговым делам, потому что, к сожалению, у нас, в отличие от многих стран, есть только один Налоговый кодекс и никаких инструкций по его применению. Напротив, в других странах инструкции превышают Кодекс в 20–30 раз по объему. Там налицо гораздо большая четкость регулирования, и массовые дела не продуцируются, поскольку достаточно один раз отсудиться по поводу того или иного пункта инструкции.

Преюдициальный запрос — это наш ответ на массовые налоговые дела, дела в социальной сфере, административные дела определенных категорий. В рамках гражданского права, думаю, такой запрос будет иметь меньшее значение. Но проблема с инициированием огромных масс судебных дел, разрешаемых по-разному, — не единственная причина внедрения преюдициального запроса. Не меньшее значение этот запрос имеет для выстраивания правильных взаимоотношений между судебными инстанциями.

Мы приложили немало усилий, чтобы разрушить в нашей системе связь между судьей и вышестоящим судьей, который пересматривает его дела. Ради этого соз-

дана система апелляционных судов, чтобы было неясно, к кому попадет дело, рассмотренное судьей первой инстанции; чтобы тот, кто находится в более высоком суде, не мог диктовать свою позицию суду нижестоящему. Мы сознательно разрушали эту связь. Создание апелляционных судов было нацелено и на то, чтобы существовала большая вариативность у сторон, чтобы они могли достичь большего эффекта, когда неизвестно, какую позицию займет суд вышестоящей инстанции по отношению к данному делу.

Преюдициальный запрос еще в большей мере дает свободу судьям и делает их менее зависимыми от вышестоящих судов. У каждого судьи появляется право выбора — решить дело самому или подать запрос в высший суд.

Заключение

Нам нужно двигаться к тому, чтобы все высшие суды исходили из единых принципов влияния их правовых позиций на социальные отношения, т.е. придерживались идеи прецедентного права. Не должно быть такого, что два высших суда нацелены на формирование прецедентов, а третий относится к этому вопросу безразлично. Другое дело, что спешка в реализации предложенных идей недопустима, поскольку не общество существует ради судебной системы, но судебная система существует для общества!